

Lettres Persanes 13

Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving – Pleidooi voor een functionele (niet te bevlogen) grondwet

Matthias Storme

*Wir wollen nicht mehr die alten Sünder sein,
wir wollen würdig sein der Republik!
(uit: Wir wollen alle wieder Kinder sein!)¹*

Dit essay werd geschreven vanuit de gedachte dat België in de komende jaren wel eens helemaal uit elkaar zou kunnen vallen en het dus tijd wordt om na te denken over een Vlaamse Grondwet. Het is in die zin getekend door de ervaringen problemen binnen België. Veel daarvan speelt evenwel ook een rol in andere westerse democratieën, zodat de vraag naar de kenmerken van een goede grondwet ook zonder de specifiek Vlaamse context relevant kan zijn.

1 De functie van een grondwet

‘C’est à l’expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.’²

Met deze waarschuwing van Portalis tegen de neiging van de wetgever om alles te willen regelen in een tekst, vat ik de vermetele taak aan te willen stellen wat er in een grondwet zou moeten staan, zou mogen staan en vooral ook niet zou mogen staan. De taak is vermetel, omdat voor een grondwet nog veel meer dan voor andere wetten geldt dat het enkel de historische ervaring is die ons kan leren wat er in een goede grondwet staat en wat er goed zou staan in een grondwet voor Vlaanderen. Ze is het ook, omdat de politici van vandaag het opstellen van een grondwet lijken te zien als een mogelijkheid om die nieuwe staat naar hun hand te zetten en hun eigen ideologische voorkeuren aan de volgende generatie op te leggen. Het heeft enkel zin om over een grondwet te spreken wanneer men daarmee een geheel van regels bedoelt die niet door middel van de normale procedure van wetgeving, kort gezegd met een gewone meerderheid, kunnen worden gewijzigd, maar slechts met een bijzondere procedure. Die bijzondere procedure is te vinden, zo leert ons de rechtsvergelijking, in een of meer van de volgende elementen: een bijzondere meerderheid van het parlement (bijvoorbeeld twee derde of drie vierde) of van een verruimde vergadering van volksvertegenwoordigers (‘Congres’), een volksstem-

- 1 Cabaretlied van Friedrich Hollaender uit 1921, na de verschrikkingen van de Eerste Wereldoorlog en de ineenstorting van het Duitse keizerrijk.
- 2 Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* [1801].

ming (referendum) en/of een voorafgaande parlementsverkiezing waarin de hervorming formeel wordt voorgesteld.³ Een document dat zomaar volgens de gewone wetgevingsprocedure kan worden gewijzigd, 'grondwet' noemen, is weinig zinvol en meestal zelfs bedrieglijk.

Eenvoudigheidshalve ga ik uit van het meest voorkomende model, namelijk dat van een bijzondere meerderheid in het parlement, al dan niet gepaard aan een meerderheid in een volksstemming. Het constitutionaliseren van een regel, waarde, beginsel of instelling betekent dus het onttrekken daarvan aan het normale spel van de politieke besluitvorming, in een democratie dus aan een wijziging door middel van de meerderheid van de dag.

Wat is nu de zin van zo'n procedé en dus van een grondwet? Het dient er in de eerste plaats toe om 'fundamentele' regels of instellingen te vrijwaren, te garanderen op langere termijn, te onttrekken aan de waan van de dag, te beschermen tegen nieuwe meerderheidsopvattingen onder de politici, tegen onbezonnen omgang met belangrijke dingen, tegen tijden van moreel verval.

2 Wat wel en niet in een grondwet thuishoort

Vanuit deze functionele visie op een grondwet hoort er mijns inziens maar een vrij beperkt aantal zaken in een grondwet thuis, en met name de volgende soorten bepalingen. *More is less*.

2.1 Fundamentele vrijheden

Dit zijn de vrijheden waarvan de erkenning noodzakelijk is opdat de staat een rechtsstaat zou zijn. Die vrijheid gaat aan de staat vooraf en een staat die deze niet erkent, is geen rechtsstaat. Omgekeerd is het waarborgen van deze vrijheden een deel van de legitimatie van de staat als overheid. Deze erkenning, naast andere kenmerken, legitimeert het geweldsmonopolie van de overheid. Dergelijke vrijheden zijn geen rechten in enge zin, geen aanspraken op de overheid, en nog minder op andere burgers, maar afweerrechten. Fundamentele vrijheden zijn met name de vrijheid van geweten, meningsuiting, vereniging, vergadering, beweging, godsdienst, onderwijs, arbeid en beroepsuitoefening.

Deze vrijheden zijn nooit geheel onbeperkt, maar bij sommige vrijheden is een beperking eerder verantwoord dan bij anderen. Daarom volstaat het niet dat een grondwet beperkingen in vage termen voorziet. De mogelijke inperkingen moeten nauwkeurig worden aangegeven voor elk van die vrijheden afzonderlijk.⁴ Zo houdt

3 In sommige landen wordt zelfs de onwijzigbaarheid *tout court* van een of meer bepalingen van de grondwet geproclameerd, meestal in de grondwet zelf. Als extra beveiliging zal het artikel dat sommige bepalingen onaantastbaar verklaart, zichzelf ook onaantastbaar verklaren (zie bijv. art. 79 III van de Duitse grondwet), net zoals Baron von Münchhausen zichzelf – volgens zijn eigen verhaal dat door Raspe werd opgetekend (*Baron Munchhausens' Narrative of His Marvellous Travels and Campaigns in Russia* [1785]) – bij zijn eigen haren uit een moeras trok en zo redde.

4 Voor de vrijheid van meningsuiting heb ik deze nader besproken in mijn bijdrage 'Vrijheid van meningsuiting: de puntjes op de i', zie onder meer <www.vlaamseconservatieven.blogspot.com>. Daarin leg ik met name uit dat de 'vrijheid van meningsuiting' niet het 'recht op meningsuiting' inhoudt.

de vrijheid van meningsuiting mijns inziens niet de vrijheid in om onrechtmatig verkregen brieven openbaar te maken (waarborg van het briefgeheim).

Totaal uit den boze zijn uitzonderingen die deze vrijheden totaal uithollen, zoals met name twee recente ideologische miskleunen.⁵ De eerste is de stelling dat die vrijheden niet discriminerend mogen worden aangewend, waarbij onder discriminatie algemeen begrepen wordt een onderscheid dat niet redelijk wordt verantwoord; maar de essentie van een vrijheid is juist dat men niet verplicht kan worden een redelijke verantwoording te geven voor de concrete uitoefening van die vrijheid; waar dat wel verplicht is, gaat het niet meer om een vrijheid en wordt de burger gereduceerd tot een radertje in dienst van de overheid. Een tweede voorbeeld is de stelling in art. II-54 van het Europees Handvest van grondrechten dat geen enkele vrijheid mag worden gebruikt met het doel een van de fundamentele rechten en vrijheden in te perken; natuurlijk zal een grondwet bepaalde grenzen kunnen en moeten stellen aan de fundamentele vrijheden, maar de zopas weergegeven clause is manifest fout en met name een totale negatie van de vrijheid van meningsuiting, die vanzelfsprekend ook de vrijheid moet omvatten te pleiten voor een wijziging van de grondwet of van opvattingen over fundamentele rechten.

Deze vrijheden zelf zijn, zoals de wetten in de ogen van Portalis, niet iets wat een grondwetgever zomaar instelt. Zij zijn evolutionaire verworvenheden, die zich in de loop der geschiedenis verder uitgekristalliseerd hebben doorheen de historische ervaring van – vooral – misbruik van overheidsmacht. Zij zijn veeleer ontfutseld aan de machthebbers dan vrijwillig door hen ingesteld.

Deze vrijheden zijn rechten tegen de overheid en in beginsel enkel tegen de overheid ('rechten' in de ruime zin en niet in de strikte zin van het woord); zij strekken ertoe grenzen te stellen aan de machtsuitoefening door de overheid als een noodzakelijk correlaat van haar geweldsmonopolie (en dus het verbod van gebruik van geweld door burgers). Wil dat zeggen dat er helemaal geen regels nodig zijn om te beletten dat burgers hun macht misbruiken tegenover andere burgers? Zeker niet, maar men moet een onderscheid maken. Aan de ene kant zijn er die gevallen waarin een fundamentele vrijheid ook ten opzichte van medeburgers moet worden gehandhaafd: zij geven nog geen aanspraak op iets van een medeburger, maar vormen enkel een schild van de ene tegenover de andere: *a shield, not a sword*. Een voorbeeld is de waarborg van het briefgeheim en bepaalde andere elementen van privacy, die niet enkel tegen de overheid maar tegen eenieder moeten gelden. Het betreft hier een van de relatief zeldzame gevallen waarin een fundamentele vrijheid met een andere vrijheid, die van meningsuiting, botst.⁶ Als het er daarentegen om gaat burgers ook positieve aanspraken ten opzichte van andere burgers te verlenen, dient men gewone wetten te gebruiken; dan is een grondwet meestal ongeschikt. Het gaat immers om vragen waarop het antwoord veel minder eenduidig is, waar de bescher-

5 Zie hierover mijn rede De fundamenteelste vrijheid: de vrijheid om te discrimineren, Vivat Academia (2005) 126 en <<http://storme.eu/vrijheidsprijs.pdf>>, evenals mijn rede De Europese waarden: bescherm ze tegen de waarden van de Europese grondwet, 5 februari 2006 op <<http://storme.eu/DeEuropeseWaarden.pdf>>.

6 De meeste gevallen van zogenoemde 'botsing van grondrechten' betreffen geen conflict tussen twee fundamentele vrijheden zoals de genoemde, maar tussen een aanspraak die de ene inroept en een vrijheid of een andere aanspraak die de andere inroept.

ming van de vrijheid van de één de beperking van de vrijheid van de ander inhoudt, waarbij er geen algemene regel kan gelden, maar veelal slechts bijzondere regels voor bijzondere gevallen, en waar dat evenwicht door het normale spel van de democratie moet worden bepaald. Meer nog, als de vos de passie preekt, als een staat in een grondwet aanspraken van burgers tegen andere burgers opneemt, is het altijd oppassen geblazen, want dergelijke bepalingen stellen geen grenzen aan de macht van de overheid, maar breiden ze integendeel uit.

Wat dan weer wel in een grondwet thuishoort, zijn bepalingen die ertoe bijdragen dat de fundamentele vrijheden ook gevrijwaard blijven tegen private spelers die apart of in kartel een (quasi)monopoliepositie innemen, waardoor er gewoon geen ruimte meer is voor de vrijheid van meningsuiting, vereniging, onderwijs, enzovoort.

2.2 *Aanspraken op de overheid*

Naast de vrijheden tegen de staat hoort ook een beperkt aantal burgerlijke aanspraken op de staat thuis in de grondwet, met als belangrijkste de aanspraak van de burger om van de overheid te eisen dat die de door de rechtsorde erkende goederen en rechten van de burger ook daadwerkelijk beschermt.

Welke rechten de burger precies heeft tegenover andere burgers is in grote mate geen zaak van de grondwet; wel een zaak van de grondwet is dat een burger die meent in zijn rechten geschaad te zijn, toegang heeft tot een onpartijdige rechter die binnen een redelijke termijn uitspraak doet, en dat elke burger die een gunstige rechterlijke uitspraak heeft bekomen, deze uitspraak ook kan afdwingen. In een geciviliseerd land zal de wetgeving daarbij rechtsgoederen van alle burgers, zoals leven, lichamelijke integriteit, eigendom, eer en goede naam niet alleen tegen aantasting door de overheid, maar ook tegen aantasting door andere burgers beschermen. Behalve enkele reeds genoemde afweerrechten die jegens eenieder moeten gelden (zoals het genoemde recht op privacy) moet de concrete omvang van die rechten in gewone wetten bepaald worden. Aangezien de overheid evenwel bij wet zou kunnen bepalen dat ze zelf niet de verplichtingen heeft die ze aan burgers jegens elkaar oplegt, kan een daartegen gerichte grondwetsbepaling wel nuttig zijn: een grondwettelijke regel die de overheid verbiedt om zichzelf vrij te stellen van de verplichtingen die ze aan burgers jegens elkaar oplegt.

Is er dan geen constitutionele aanspraak jegens de overheid op 'gelijke behandeling'? Nee. Er is wel een verbod van discriminatie door de overheid. De overheid mag geen beslissingen nemen die een ongerechtvaardigd of disproportioneel onderscheid maken tussen burgers. Dat verbod van discriminatie door de overheid is het noodzakelijk correlaat van de wetgevings- en belastingbevoegdheid van de overheid (er is voor de burger geen recht om 'uit de staat te stappen'). Waar de overheid tussenkomt, mag zij niet discrimineren en dient zij gelijke rechten te waarborgen. Maar de voorstanders van een aanspraak op gelijke behandeling wensen iets heel anders: zij wensen dat als een zwaard te gebruiken voor veel meer, met name om de overheid te verplichten om bepaalde rechten toe te kennen om daarmee gelijkheid te scheppen. Dat is een zaak die evenwel het voorwerp moet zijn van het normale spel van de democratie, en niet daaraan mag worden onttrokken door dat in een grondwet vast te leggen.

Matthias Storme

2.3 Concrete waarborgen

Minstens even belangrijk als de grote beginselen zijn de concrete maatregelen die de uitholling van de fundamentele vrijheden moeten belemmeren.

Hoe 'gevoeliger' een rechtszaak ligt, hoe meer waarborgen er nodig zijn voor de onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van de macht. De Belgische grondwetgever van 1831 stelde om die reden de jury specifiek in voor politieke misdrijven en drukpersmisdrijven. Bij een jury worden de leden immers door het lot aangewezen, zodat de kans op manipulatie uiterst beperkt is. Dit recht werd intussen in België jammer genoeg bijna geheel uitgehouden.

De jury is niet de enige techniek om in gevoelige materies een concrete waarborg te verschaffen. Het EVRM stelt meer algemeen dat het om een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie moet gaan die bij wet is ingesteld. In Duitsland wordt die garantie van de *'gesetzlicher Richter'* streng toegepast: daar gelden regels die maken dat de concrete samenstelling van een rechtscollege op voorhand vastligt, met name vooraleer men weet over welke concrete zaak het gaat, zodat de samenstelling niet kan worden gemanipuleerd in functie van de zaak. Dat is nogal wat anders dan in België, waar men in 2003/2004 bij het hof van beroep te Gent, nadat de zaak naar dat hof was verwezen, rechters is gaan zoeken die bereid waren om de vzw's (verenigingen zonder winstoogmerk, red.) van het Vlaams Blok te veroordelen.

Verder denk ik aan de zogenoemde 'cascaderegel' voor de mogelijke aansprakelijkheid wegens publicaties. Deze houdt, kort gezegd, in dat voor een onrechtmatige publicatie de auteur, drukker en verspreider niet elk kunnen worden vervolgd, maar de tweede pas als de eerste niet bekend is, en de derde pas als de eerste en tweede niet bekend zijn (nu art. 25 Grondwet). En het decreet van 16 oktober 1830 stelde dat *'la loi ne pourra atteindre que les actes coupables de l'association ou des associés et non le droit d'association lui-même'*. Ook deze regels zijn vandaag in België uitgehouden onder druk van Europese of supranationale verplichtingen zoals racismebestrijding. Van belang is ook het censuurverbod, de onmogelijkheid om publicatie en verspreiding van geschriften preventief te verbieden. Wel kan dit best worden gecompenseerd met een verregaand 'recht van antwoord', en zijn heel specifieke welomschreven uitzonderingen gerechtvaardigd (bv. een preventief verbod op publicatie van onrechtmatig verkregen brieven, of een verbod om iets te publiceren wanneer niet *tegelijkertijd* het recht van antwoord wordt gepubliceerd).

Nog een nuttige bepaling van de ontwerpers van de Belgische grondwet van 1831 vinden we in het decreet van 16 oktober 1830 op de vrijheid van meningsuiting, volgens hetwelk *'Toute institution, toute magistrature créée par le pouvoir, pour soumettre les associations philosophiques ou religieuses, et les cultes, quels qu'ils soient, à l'action ou à l'influence de l'autorité, sont abolies'*. Ook dat beginsel wordt in België natuurlijk miskend nu er een reeks inquisitoriale overheidsinstellingen bestaat waarvan de activiteit, indien al niet de wettelijke taak, er essentieel in bestaat om meningen te bestrijden die zouden aanzetten tot volgens de heersende ideologie niet redelijk verantwoorde vormen van ongelijke behandeling in het maatschappelijke leven.

Zoals reeds blijkt uit de uitholling van die concrete waarborgen voor de fundamentele vrijheden zijn dit soort waarborgen des te nuttiger naarmate ze meer *self-exe-*

cuting zijn, dat wil zeggen naarmate ze zonder meer kunnen worden toegepast. De machthebbers zullen altijd proberen om die waarborgen uit te hollen, en het komt er dus op aan daarop te anticiperen en dat zo veel mogelijk te verhinderen door eenvoudig in werking te stellen regels.

2.4 *Checks and balances en waarborgen tegen zelfbediening*

*Power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely.*⁷ Behalve wat hiervoor werd genoemd, moet een grondwet vooral regels bevatten die ervoor zorgen dat de macht voldoende gespreid wordt en dat elke macht gecompenseerd wordt door een controle door een andere instantie. In het verlengde daarvan horen in een grondwet regels thuis die ervoor moeten zorgen dat een macht niet over zichzelf kan beslissen en dat instellingen die het land of het volk vertegenwoordigen of zelfs maar over publieke gelden kunnen beschikken, niet aan zelfbediening kunnen doen voor zichzelf of hun opdrachtgevers. Bij die regels horen natuurlijk ook regels tot waarborging van de 'openbaarheid van bestuur' (transparantie van het handelen van de overheid).

De belangrijkste regels daarbij zijn diegene die ervoor moeten zorgen dat de democratisch verkozen vertegenwoordigers niet de democratie zelf kunnen afschaffen en al evenmin de regels op grond waarvan zij macht hebben, naar hun hand kunnen zetten om te verhinderen dat anderen volgens diezelfde regels aan de macht komen. Doorgaans leidt men uit dat idee af dat de fundamentele regels van het kiesstelsel in de grondwet moeten worden vastgelegd. Evenwel zijn er ook andere technieken die mijns inziens eigenlijk aantrekkelijker zijn, waarbij niet zozeer de te hanteren regels worden vastgelegd (bijvoorbeeld de regels van het kiesstelsel) maar wel een 'metaregel', een regel over de wijziging van de regels. Zo bevat art. 54 van de Griekse *Syntagma* (grondwet) de regel dat wijzigingen aan de kieswet niet ingaan bij de eerstvolgende, maar pas bij de daaropvolgende verkiezingen, een zeer nuttige waarborg tegen keshervormingen op maat van de regerende partij. Hetzelfde zou eigenlijk moeten gelden voor regels die de samenstelling van het kiezerskorps wijzigen (in gedachtenis de boutade van Bertold Brecht '*Wäre es da nicht einfacher, die Regierung löste das Volk auf und wählte ein anderes?*'⁸) Het staat ons toe de wijziging van regels niet te moeilijk te maken, en anderzijds het misbruik van de wijzigingsmogelijkheid in te perken.

Verder kunnen de basisregels uit het privaatrecht inzake vertegenwoordiging (*agency*) ook nuttig zijn om belangenconflicten in hoofde van de vertegenwoordigers van de natie te regelen. Een eerste regel van die aard luidt dat een mandataris die de bevoegdheid heeft gekregen een contract te sluiten, dat nooit met zichzelf mag sluiten zonder dat zijn opdrachtgever daarmee heeft ingestemd. Vertaald in publiekrechtelijke termen: volksvertegenwoordigers zouden nooit over hun eigen belangen mogen beslissen zonder de instemming *in concreto* van hun kiezers, bij volksraadpleging te verkrijgen. Zo zouden ze hun eigen wedde niet mogen bepalen. Een tweede regel is dat een mandataris bij een handeling geen twee heren mag dienen, dus geen bevoegdheid heeft om belangen te behartigen die strijdig zijn met die van zijn

7 Lord Acton in een brief aan bisschop Mandell Creighton in 1887.

8 Die Lösung, gedicht postuum gepubliceerd in *Die Welt* van 9 december 1959.

Matthias Storme

opdrachtgever zonder het akkoord van beide partijen met tegenstrijdig belang. Ook dat kan in publiekrechtelijke termen worden omgezet. Lasthebbers moeten in het privaatrecht overigens niet alleen verkozen worden door hun opdrachtgevers, maar ook achteraf rekenschap en verantwoording afleggen. In het publiekrecht is die verplichting vandaag nagenoeg geheel afwezig.

Wat de vertegenwoordigingsgedachte betreft, lijdt onze democratie aan een fundamentele dubbelzinnigheid: vertegenwoordigen politici enkel hun eigen kiezers, dan wel het geheel van de kiezers van hun kieskring, dan wel het geheel van de kiezers van alle kieskringen? In theorie is dat het laatste, maar het discours van de politici getuigt bijna uitsluitend van het eerste. Beide opvattingen zijn verdedigbaar, maar telkens mits men er de geëigende consequenties aan verbindt. Nu hebben we politici die enkel hun eigen kiezers vertegenwoordigen, maar door de fictie dat zij de gehele natie vertegenwoordigen, nemen zij beslissingen die niet alleen hun kiezers geld kosten, maar ook alle andere burgers. Als politici partijdig mogen zijn, zou dat eigenlijk moeten gebeuren op kosten van hun partij en niet van allen. Nu wordt die partijdigheid grondwettelijk bijna alleen door het discriminatieverbod ('Alle Belgen zijn gelijk voor de wet', art. 10 Grondwet) binnen de perken gehouden: zoals hiervoor reeds besproken, mag de overheid, en dus ook de meerderheid binnen die overheidsorganen, niet discrimineren. Maar nog los van het feit dat dat de fundamentele vraag doet rijzen wie de naleving daarvan controleert en daarbij het laatste woord heeft, is dat ook niet voldoende als waarborg. Minstens moet dat verbod gepaard gaan met een doorgedreven toepassing van het subsidiariteitsbeginsel, zowel wat betreft de verhouding tussen hogere en lagere overheid als wat betreft die tussen overheid *tout court* en de burgers.

2.5 Geen ideologische fixaties

Een grondwet mag vooral niet dienen als een instrument van de meerderheid van de dag om de eigen ideologische en politieke keuzes op te leggen aan de toekomstige meerderheid. Een grondwet kan weliswaar ideologisch niet neutraal zijn, maar moet ideologisch 'dun' zijn in plaats van 'dik'⁹, en zich daarbij vooral beperken tot die waarden die doorheen de eeuwen beproefd zijn en daardoor reeds bewezen hebben de waan van de dag te overstijgen. De meerderheid van vandaag heeft immers geen enkele legitimiteit om de meerderheid in de toekomstige generaties te binden aan de eigen keuzes wanneer die niet reeds ook de keuzes zijn van een reeks voorgaande generaties¹⁰. Is dat niet het geval, dan is de legitimiteit van de meerderheid in de volgende generatie om een nieuwe keuze te maken immers precies even groot als

9 Zie voor de betekenis van deze woorden onder meer M. Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Chicago: Notre Dame Press 1994. Dat wil niet zeggen dat een grondwet even 'dun' moet zijn als internationale verdragen inzake mensenrechten, en nog veel minder dat de Staat in alles wat ze doet 'dun' moet zijn en elke particuliere traditie van waarden en gebruiken zou moeten weren, integendeel.

10 Dat principe geldt minder of niet voor meer technische bepalingen die de werking van de instellingen bepalen, maar in zeer sterke mate voor ethisch en ideologisch geladen onderwerpen. Vgl. hierbij reeds art. 28 van de Franse *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* bij de republikeinse Grondwet van 1793: 'Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.'

die van de meerderheid in de huidige generatie. In die zin moet een grondwet volgens mij ook transgenerationeel zijn.

Jammer genoeg moeten we vaststellen dat vooral in de recente geschiedenis de 'progressieve' politici het niet kunnen laten om hun ideologische trofeeën te verabsoluteren en te verschansen in een grondwet, zoals ook 'progressieve' rechters ze verschansen in hun evolutieve interpretatie van de grondwet of mensenrechtenverdragen.

Een voorbeeld is de reeds vermelde stelling die in het discriminatieverbod door de overheid een positieve verplichting voor de overheid leest om 'gelijke rechten' in te voeren (en niet alleen een verbod om te discrimineren wanneer er rechten worden toegekend). Een ander concreet voorbeeld is het bekende arrest *Roe v. Wade* in de Verenigde Staten, waar uit een zeer vage bepaling in de grondwet waaruit men al eerder met veel fantasie een recht op privacy had afgeleid, een grondwettelijk recht op abortus werd afgeleid, inclusief zeer precieze regels over de desbetreffende termijnen en nadere voorwaarden.¹¹ Ten onrechte heeft men aan de kritiek hierop verweten dat zij enkel maar haar eigen tegenovergestelde 'conservatieve' mening wilde opleggen, en dat progressieven dus evenzeer dat recht zouden hebben: zonder dat *ex nihilo* gecreëerde grondwettelijk recht is abortus in de Verenigde Staten immers een bevoegdheid van de deelstaten en kan de ideologische meerderheid van deelstaat tot deelstaat verschillen.

Nog een ander voorbeeld betreft rechters die in het grondwettelijke discriminatieverbod een 'recht' om te huwen met iemand van hetzelfde geslacht lezen; daarmee zeg ik niet dat het een goede zaak is dat de onmogelijkheid van het homohuwelijk in de grondwet wordt ingeschreven, zoals op 4 november 2008 in Californië is gebeurd (*California Proposition 8*). Maar het is in ieder geval niet de bevoegdheid van vier rechters om de uitslag van een eerdere volksstemming daarover (*California Proposition 22* in 2000) met een beroep op dat gelijkheidsbeginsel terzijde te schuiven, en wanneer die dat toch doen, is het perfect begrijpelijk dat de bevolking de tegenovergestelde regel in de grondwet doet inschrijven.

Aan dezelfde ziekte lijden ook Europese 'progressieve' rechters die allerlei traditioneel gangbare onderscheidingen als strijdig met grondwetten of mensenrechten verbieden, op grond van een erg creatieve interpretatie van bepalingen die daarover helemaal niets zeggen (dus ook niet het tegendeel), maar die vragen aan de wetgevers van de verschillende staten overlaten.¹²

11 Waarmee ik niet wil zeggen dat het noodzakelijk onaanvaardbaar zou zijn om in een grondwet een (beperkt) recht op abortus te verzekeren, maar enkel dat het in beginsel niet aan enkele rechters toekomt om een dergelijke fundamentele keuze te beslechten.

12 Een voorbeeld van een arrest waarin het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen duidelijk een brug te ver is gegaan is het arrest Mangold over leeftijdsdiscriminatie van 22 november 2005 nr. C-144/04, waarover de Duitse voormalige voorzitter van het grondwettelijk hof en latere bondspresident Werner Herzog stelde: 'the ECJ deliberately and systematically ignores fundamental principles of the Western interpretation of law, that its decisions are based on sloppy argumentation, that it ignores the will of the legislator, or even turns it into its opposite, and invents legal principles serving as grounds for later judgements. They show that the ECJ undermines the competences of the member states even in the core fields of national powers' (Stop the European Court of Justice, *EU Observer*, 10 september 2008 (<<http://euobserver.com/9/26714>>)).

Matthias Storme

Denken we ook aan het door de regering-Verhofstadt op 8 juli 2005 goedgekeurde zogenoemde 'Handvest voor het Staatsburgerschap',¹³ dat de waarden wilde opsommen die nieuwkomers moeten aanvaarden om zich als burger te integreren in onze samenleving, en inhoudelijk nauwelijks verder kwam dan het opleggen van een akte van geloof in absolute gelijkheid van man en vrouw, en in het recht op abortus, euthanasie en homohuwelijk.

Dat betekent niet dat 'nieuwe' grondrechten nooit in grondwetten mogen worden opgenomen, maar enkel dat dat pas mag gebeuren, ten eerste, nadat ze reeds een voldoende lange tijd in gewone wetten hun waarde hebben bewezen – dus niet om democratisch gelegitimeerde traditionele regels af te schaffen – en ten tweede, voor zover het subsidiariteitsbeginsel zich daar niet tegen verzet.

Met die nieuwe grondrechten moet men des te voorzichtiger zijn, omdat zij, in tegenstelling tot hoger genoemde klassieke fundamentele vrijheden, er niet toe dienen om het pluralisme mogelijk te maken, maar veeleer om het te smoren in de *pensée unique*. Natuurlijk moet onze staat niet enkel een democratische rechtsstaat zijn, maar ook een sociale rechtsstaat, en is het wenselijk om dat als een '*Staatszielbestimmung*' in de grondwet te vermelden. Maar dat is iets heel anders dan de creatie van sociale 'grondrechten' van de ene burger op de andere, zoals een 'recht op gelijke behandeling' door eenieder. Dat hangt samen met de perverse verwarring van recht en moraal, die ik elders al heb beschreven.¹⁴ De fundamentele vrijheden strekken er precies toe om deze twee niet te laten samenvallen, zodat niet alles wat onethisch is, verboden wordt. Maar als keerzijde daarvan heeft men ook nog de vrijheid om datgene wat wettelijk toegelaten is, als immoreel (geweldloos) te bestrijden. De fundamentele vrijheden maken ethisch gedrag eerst mogelijk, de nieuwe rechten willen fatsoenlijk geacht gedrag opleggen en ontnemen het daardoor elk ethisch gehalte. De zagezegde goede bedoelingen om niet langer de oude zondaars te zijn, maakt ons nog niet tot kinderen van de *res publica*, en riskeert ons eerder te degraderen tot onderdanen van een seculiere theocratie.¹⁵

'De Republiek waardig' is een volk pas als het beseft '*dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen*' (preambule van de Zwitserse grondwet) en dat verklaart '*Im Namen Gottes des Allmächtigen!*', want enkel daar waar er geen andere macht boven het volk staat, is een volk vrij.

3 Wie kan de grondwet uitleggen en wie ze wijzigen?

Ik beseft dat in dit kort bestek niet alleen vele nuances ontbreken, maar ook enkele fundamentele vragen onbeantwoord blijven, met als belangrijkste de dubbele vraag: aan wie komt het toe de grondwet te interpreteren en toe te passen? En anderzijds:

13 'Burger zijn in België', <[www.diversiteit.be/diversiteit/files/File//centrum/2005/Eindverslag Commissie voor interculturele dialoog.pdf](http://www.diversiteit.be/diversiteit/files/File//centrum/2005/Eindverslag%20Commissie%20voor%20interculturele%20dialoog.pdf)>, p. 95, in het bijzonder punt 4.

14 In mijn bijdrage Tolerantie in: *Vlaamse Beweging. Nog een opdracht? Welke toekomst?*, Leuven: Davidsfonds 2002 (ook licht geactualiseerd op <www.storme.eu/tolerantie.pdf>) en in mijn in voetnoot 5 genoemde rede.

15 Zie mijn interview (<www.dwars.ua.ac.be/spip.php?article416>) en mijn reeds in voetnoot 5 aangehaalde rede.

wie mag de grondwet vastleggen en wijzigen? Deze vragen zijn nauw met elkaar verbonden. Mijn antwoord hierop is dat de interpretatie en toepassing van de grondwet aan het parlement én aan de hoogste rechters toekomt, en de grondwet de regels moet bepalen om het evenwicht daartussen te vinden. Het laatste woord kan in een democratie echter enkel aan het volk toekomen, door de uitoefening van het recht om de grondwet te wijzigen. Het valt te verkiezen dat een grondwet maar met mondjesmaat wordt gewijzigd, maar het is juist wanneer de gevestigde machten, politiek of magistratuur, het volk niet de kans geven om deze bevoegdheid uit te oefenen, dat na verloop van tijd een breuk onvermijdelijk wordt. En die tijd is in België nu wel gekomen.

4 Besluit

Een goede constitutie wordt, zoals gezegd, niet uitgevonden, maar is een continue opdracht, die op historische momenten best vorm krijgt in een coherente tekst. De auteurs van zo'n grondwet dienen zich minder te laten leiden door de individuele 'natuurlijke rede' dan wel door de *artificial reason* die doorheen de eeuwen collectief werd ontwikkeld.¹⁶

'The life of the law has not been logic: it has been experience. [...] The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.'¹⁷

Een grondwet is niet de juiste plaats om een blauwdruk voor een ideale samenleving te geven, waarmee wij als kinderen van nul zouden kunnen beginnen. En de ware republiek heeft zeer weinig te maken met het verwerpen van de erfopvolging als een mogelijke grond voor bepaalde rechten en nog minder met het afbreken van aloude vrijheden. De ware republiek begint met het herstel van de oude vrijheden, zoals die zich doorheen de geschiedenis van een concrete gemeenschap hebben ontwikkeld en niet door de natuurlijke rede alleen kunnen worden begrepen. De ware republiek begint ook met het verwerpen van vreemde heersers en het afwijzen van de onderschikking aan vreemde rechters.¹⁸ In Vlaanderen kan ze dus enkel beginnen met een secessie, maar getekend als wij zijn door onze geschiedenis, en gegeven onze positie in de wereld, zal ze enkel kunnen slagen indien we na een nieuw Plakkaat van Verlatinghe zo snel mogelijk ook de Verenigde Provinciën (der Nederlanden) weer herstellen 'tot statig als een eik voor U ons volk herbloeit'.

16 Zie over deze opvatting van de *artificial reason* onder meer J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 35 en 173, en C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, New York: Blaisdell 1968, p. 106.

17 Eerste zinnen van Oliver W. Holmes, *The Common Law*, Boston [1881].

18 Zie verder mijn rede Om niet te delen in haar zonden (Op. 18,4). Beschouwingen over de rechtvaardiging van secessie bij aantasting van de 'vrijheit hunder constitutien', *Vivat Academia* (2007) 137, p. 139 v. en op <www.storme.eu/omniettedeleninhaarzonden.html>.